

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/4/28 2004/07/0071

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.04.2005

## Index

L69005 Sonstiges Wasserrecht Salzburg;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
81/01 Wasserrechtsgesetz;  
81/02 Sonstiges Wasserrecht;

## Norm

ABGB §354;  
ReichswasserG 1869 §3;  
ReichswasserG 1869 §4 lita;  
ReichswasserG 1869 §4 litb;  
ReichswasserG 1869 §4 litc;  
ReichswasserG 1869 §4 litd;  
ReichswasserG 1869 §4;  
ReichswasserG 1869 §5;  
ReichswasserG 1869;  
VwRallg;  
WasserrechtsG Slbg 1870 §3;  
WasserrechtsG Slbg 1870 §4 litd;  
WasserrechtsG Slbg 1870 §4;  
WasserrechtsG Slbg 1870 §5;  
WasserrechtsG Slbg 1870;  
WasserrechtsGNov Slbg 1920 §6;  
WRG 1959 §12 Abs2;  
WRG 1959 §2 Abs1;  
WRG 1959 §2 Abs2;  
WRG 1959 §3 Abs1 litd;  
WRG 1959 §3 Abs1 lite;  
WRG 1959 §3 Abs1;  
WRG 1959 §3 Abs3;  
WRG 1959 §5 Abs2;  
WRG 1959 §98 Abs2;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Bumberger, Dr. Beck, Dr. Hinterwirth und Dr. Enzenhofer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Chlup, über die Beschwerde des durch die Österreichische Bundesforste AG in Wien vertretenen Bundes, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17- 19, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 9. März 2004, Zl. 1/01-37.798/9-2004, betreffend die Feststellung der Gewässereigenschaft des H-Baches in der Gemeinde B (mitbeteiligte Partei: F, W 1, B), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er - im zweiten Satz des Spruches - die Fließstrecke des H-Baches über Grundstücke der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) betrifft, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

## **Begründung**

Beschwerdeführende Partei vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Bund, der gemäß § 4 Abs. 1 Z. 3 des Bundesforstgesetzes 1996, Art. I des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 793/1996, durch die Österreichische Bundesforste AG als gesetzlichen Verwalter des Liegenschaftsbestandes des Bundes (§ 1 Abs. 1 des genannten Gesetzes) vertreten wird.

Der Mitbeteiligte wandte sich mit Schreiben vom 28. Dezember 2000 an die Bezirkshauptmannschaft Zell am See (BH) und brachte vor, dass ihm mit Bescheid der BH vom 1. August 1988 die wasserrechtliche Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer Kleinwasserkraftanlage am H-Bach zum Zwecke der Erzeugung elektrischer Energie für den Eigenbedarf erteilt worden sei. Nunmehr fordere die Österreichische Bundesforste AG ein Entgelt für dieses Gewässer. Er ersuche daher um Klärung dieser Angelegenheit, bzw. der Berechtigung der Forderung des Beschwerdeführers.

Diesem Schreiben war ein Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 20. November 2000 beigelegt, in dem dieser den Standpunkt vertrat, dass es sich beim H-Bach um ein Privatgewässer im Eigentum der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) handle und die Forderung aufrechterhalten werde, für die Nutzung der Wasserwelle des H-Baches ein Entgelt zu verlangen.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2001 beantragte der Mitbeteiligte die Feststellung der Wasserrechtsbehörde, ob es sich beim H-Bach um ein öffentliches Gewässer im Sinne des Wasserrechtsgesetzes handle.

Darüber führte die BH am 16. August 2001 eine mündliche Verhandlung durch.

Nach Erstattung einer Stellungnahme des Vertreters der Wildbach- und Lawinenverbauung, eines Befundes und Gutachtens des wasserbautechnischen Amtssachverständigen und von Stellungnahmen anderer Beteiligter äußerte sich der Vertreter des Beschwerdeführers dahingehend, dass die Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959 vorliegendenfalls nicht herangezogen werden könne, weil sich der H-Bach unter die Bestimmungen des § 3 Abs. 1 lit. a, b und e leg. cit. subsumieren lasse, wonach unter anderem das aus einem Grundstück zutage quellende Wasser, die sich auf einem Grundstück aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnden Wässer sowie die Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern bis zu ihrer Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer dem Grundeigentümer gehörten und damit seine Privatgewässer seien. Aufgrund der gegebenen topographischen Abfluss- bzw. Einzugsverhältnisse hinsichtlich des H-Baches sei dieser unter § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 zu subsumieren und stelle daher ein Privatgewässer der Republik Österreich dar. Schließlich stelle der H-Bach ein Privatgewässer nach § 4 lit. d des Salzburger Wasserrechtsgesetzes, LGBl. Nr. 32/1870 (in weiterer Folge: Sbg WRG 1870) dar, weshalb eine Ausnahme zur Bestimmung des - nach § 140 Z 1 WRG 1959 anzuwendenden - § 6 erster Satz Salzburger Wasserrechtsgesetz in der Fassung LGBl. Nr. 28/1920 (in weiterer Folge: Sbg WRG 1920) gegeben und das Privatgewässer H-Bach öffentlichen Gewässern nicht gleichzuhalten sei.

Er beantragte daher die Qualifikation des H-Baches in der Gemeinde B bis zur Einmündung in die S als Privatgewässer der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) und die Erlassung eines diesem Umstand Rechnung tragenden Feststellungsbescheides.

Nach Feststellung des Sachverhaltes wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung der Bescheid der BH vom 16. August 2001 mündlich verkündet und gemäß § 98 Abs. 2 WRG 1959 festgestellt, dass das als "H-Bach" bezeichnete Gewässer in der Gemeinde B ab Grundparzelle 908/1 KG H-Bach ein öffentliches Gewässer darstelle.

Zusammengefasst vertrat die BH die Ansicht, es sei hinsichtlich der Prüfung der Gewässereigenschaft des H-Baches nur die Bachparzelle 908/1 selbst von Bedeutung. Aus diesem Grunde werde nicht ausdrücklich auf die Feststellung der Gewässereigenschaft des entspringenden H-Baches auf Grundstück Nr. 845 - wo auch nicht auszuschließen sei, dass Zuflüsse aus fremden Grundstücken auf dieser Parzelle statt fänden - eingegangen. Relevant im Zusammenhang mit der für den H-Bach anstehenden strittigen Frage sei § 3 Abs. 1 lit. a, b und e WRG 1959. Der Gesetzgeber stelle hiebei mit den aufgelisteten Kriterien darauf ab, dass dann ein Privatgewässer vorliege, wenn das auf einem Grundstück befindliche Wasser entweder unterirdisch vorhanden oder ein Produkt dieses Grundstück selbst sei. Nicht regle die Bestimmung des § 3 Abs. 1 WRG 1959 den Zustand, wie er sich im Bereich des H-Baches darstelle, nämlich das von anderen Grundstücken in ein privates Grundstück einfließende Wasser. Diesen Regelungstatbestand für die Qualifikation "Privatgewässer" kenne § 3 WRG 1959 nicht. Nach einer Gegenüberstellung der Tatbestände der lit. a, b und e des § 3 Abs. 1 WRG 1959 mit dem Grundstück Nr. 908/1 fuhr die BH fort, anbetrachts der Tatsache, dass der H-Bach nur teilweise über die Grundparzelle 908/1, die sich im Eigentum der Republik Österreich befindet, abfließe und nicht - wie ausdrücklich in § 3 WRG 1959 gefordert - ein "Produkt" dieses Grundstückes sei, könne von der Eigenschaft eines Privatgewässers nicht gesprochen werden. Nachdem die wesentlichen Kriterien für die Zuordnung einer Privatgewässereigenschaft nicht vorlägen, sei der H-Bach auch durch das WRG 1959 nicht ausdrücklich als Privatgewässer bezeichnet. Aus diesem Grund sei als Regelungstatbestand § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959 heranzuziehen, welcher auf den H-Bach zutreffe. Das Privileg des § 6 Sbg WRG 1920 in Verbindung mit § 140 WRG 1959 sei nicht prüfungsrelevant, zumal ausdrücklich die Eigenschaft des H-Baches als Privatgewässer (gemeint wohl: öffentliches Gewässer) festgestellt worden sei. Ebenfalls nicht prüfungsrelevant sei in diesem Zusammenhang die Beurteilung der Rechtsvermutung des § 4 WRG 1959 gewesen, zumal der Antrag nicht darauf gerichtet gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer Berufung und rügte eine Mängelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens, zumal keine präzise, schlüssige und genau nachvollziehbare Aufbereitung der relevanten topographischen sowie hydrographischen Gegebenheiten vorliege. Er machte weiters eine unrichtige rechtliche Beurteilung der Eigentumsfrage geltend, weil die BH zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass § 3 Abs. 1 lit. a und b WRG 1959 hinsichtlich des zutage quellenden Wassers und der sich aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnden Wässer nur von einem Grundstück ausgehe. Diese Rechtsansicht führe zu dem für den Beschwerdeführer nachteiligen Ergebnis, dass der Tatbestand nach § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 unmöglich zum Tragen kommen könne. Schließlich wiederholte der Beschwerdeführer seine Begründung für eine nach seiner Ansicht nach gesetzeskonforme Einstufung des H-Baches als Privatgewässer der Republik Österreich.

Die belangte Behörde führte am 17. Oktober 2002 eine mündliche Verhandlung durch, in deren Rahmen nach Durchführung eines umfassenden Ortsaugenscheines der wasserbautechnische Amtssachverständige Befund und Gutachten abgab. Darin wird der H-Bach generell folgendermaßen beschrieben:

"Das höchstgelegene und hinterste (in Relation zur generell nach Norden gerichteten Fließrichtung des H-Baches) Quellgebiet des H-Baches ist das H-Bachkees. Dieses wird an seiner südöstlichen, südlichen und westlichen Grenze durch die Kammlinie (=Wasserscheide) begrenzt, welche topografisch durch die S-Scharte, den K-Berg, die HF und die H-Bachspitze dargestellt wird. Den höchsten Punkt bildet die HF mit der Kote 3243. Dieser Kammlinie folgt im Wesentlichen die südöstliche bis südwestliche Grenze des Grundstückes Nr. 845, KG H-Bach. Am talseitigen (=nördlichen) Rand dieses Grundstückes beginnt eine Gewässerparzelle mit der Nr. 908/1, östlich davon ist eine weitere Gewässerparzelle Nr. 907 dargestellt, sodass sich am Beginn der dargestellten Gewässerparzellen die Form eines 'Nadelöhrs' ergibt. Die Gewässerparzelle 908/1 ist in ihrem weiteren Verlauf talwärts ausgewiesen.

Der tatsächliche Bachablauf ab dieser Stelle bis in den Bereich M-Alm - Gasthof A - Gasthof E ist in seinem Verlauf im Wesentlichen bestimmt durch die seitlich von den Talhängen eintretenden Schutt- und Murkegel. Dadurch erscheint der Bachlauf zumindest temporär fixiert. Ab dem Beginn der Gewässerparzelle unterhalb des H-Bachkees verläuft das tatsächliche Gewässer zunächst in der so genannten K-Au in einem ausgeprägten Trogtalabschnitt, der sich in wenig ausgeprägten Terrassen talwärts senkt. Ca. zwischen Kote 1650 und 1500 schließt ein Abschnitt mit stärkerem Talgefälle an, der orographisch links durch eine Felsflanke und rechts durch einen mächtigen Schuttkegel begrenzt wird. In diesem Talabschnitt dürfte der Verlauf des H-Baches durch den linksufrigen Felsuntergrund weitgehend fixiert sein.

Im weiteren Verlauf talwärts weitet sich der Talboden zunehmend bei stetig abnehmendem Längsgefälle bis in den Bereich M-Alm - Gasthof A - Ma-Alm. Aus den aktuellen großflächigen Geröllablagerungen ist ersichtlich, dass sich der

tatsächliche Bachlauf in diesem Abschnitt jederzeit und jedenfalls mehr als 50 m nach beiden Seiten verwerfen kann. Insbesondere in diesem Talabschnitt sind große Abweichungen zwischen dem tatsächlichen Bachlauf und der Gewässerparzelle festzustellen. Im Bereich M-Alm stellt sich katastermäßig eine weitere Bachverzweigung darin, indem die Stammparzelle 908/1 orographisch rechts durch eine weitere Bachparzelle 908/2 begleitet wird, sodass sich hier wiederum das Bild eines Nadelöhrs ergibt. Im weiteren Verlauf talwärts wird der Talboden wieder schmäler und die Schuttkegeln von den seitlichen Hängen haben nicht mehr diesen Einfluss auf den Bachverlauf wie weiter bergwärts. Mit zunehmender Ausbildung als V-Tal ist anzunehmen, dass der Bachverlauf auch über größere Zeiträume fixiert erhalten bleibt und so die Abweichungen von der zugehörigen Bachparzelle relativ gering bleibt."

Der Amtssachverständige legte in weiterer Folge eine abschnittsweise Darstellung des konkreten Bachverlaufes dar.

Der Vertreter des Beschwerdeführers legte dessen Rechtsstandpunkt im Wesentlichen nochmals dar; der Antragsteller verwies darauf, dass der H-Bach von seinem Ursprung bis zum Einlaufbauwerk seines Kraftwerkes von zahlreichen auf ihm gehörigen Grundstücken befindlichen Zuflüssen dotiert werde, welche in Summe dem H-Bach eine weit größere Wassermenge zuführten, als von ihm zum Zwecke der Stromerzeugung beim Einlaufbauwerk abgeleitet und in weiterer Folge ohnehin wieder dem H-Bach zugeleitet werde.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 9. März 2004 wurde der Spruch des erstinstanzlichen Bescheides gemäß § 66 Abs. 4 AVG insofern abgeändert, als er nun folgendermaßen lautet:

"Gemäß dem § 3 Abs. 1 lit. e und 140 Z. 1 WRG 1959 in Verbindung mit den §§ 4 und 6 Salzburger Wasserrechtsgesetz in der Fassung vom 27. Jänner 1920, LGBl. Nr. 28/1920, wird festgestellt, dass das als 'H-Bach' bezeichnete Gewässer in der Gemeinde B nach dem Verlassen der Grundparzelle 845 KG 57005 H-Bach, als Privatgewässer derjenigen Grundstückseigentümer anzusehen ist, über deren Grundstücke er in der Natur tatsächlich fließt. Sofern der H-Bach nach dem Verlassen der Grundparzelle 845, KG 57005 H-Bach, in der Natur über Grundstücke der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) fließt, ist er als Privatgewässer des Staates den öffentlichen Gewässern gleichzuhalten."

Aus der Begründung geht nach Wiedergabe des Antrages und des Inhaltes des Bescheides erster Instanz sowie der Berufung und der Stellungnahmen im Zuge der mündlichen Verhandlung hervor, dass die rechtliche Prüfung der Frage, ob ein Gewässer ein öffentliches oder ein privates sei, nach der Systematik des WRG 1959 entsprechend der Wertigkeit der Titel nach einer hierarchischen Reihenfolge erfolge, wobei die Anwendbarkeit eines jeweils stärkeren Titels die Anwendbarkeit aller darunter liegenden, schwächeren Titel ausschließe.

An oberster Stelle dieser Rangordnung stünden die Privatgewässer nach § 3 Abs. 1 lit. a bis c WRG 1959. Danach folgten die nach § 61 WRG 1959 als öffentlich erklärt Gewässer;

dann Privatgewässer nach § 2 Abs. 2, für die ein Privatrechtstitel vor dem Jahre 1870 nachgewiesen werde; dann öffentliche Gewässer, die gemäß § 2 Abs. 1 lit. a im Anhang A zum WRG angeführt seien;

dann öffentliche Gewässer gemäß § 2 Abs. 1 lit. b, die vor dem 1. November 1934 anlässlich einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentlich behandelt worden seien; dann Privatgewässer nach § 3 Abs. 1 lit. d oder lit. e; schließlich folgten als subsidiärer Auffangtatbestand die öffentlichen Gewässer nach § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959.

Wenn die vorstehende Prüfung der Gewässereigenschaft ergebe, dass es sich bei dem zu beurteilenden Gewässer um ein Privatgewässer des Staates handle, dann sei als Besonderheit im Bundesland Salzburg noch die Anwendbarkeit des ersten Satzes des § 6 Sbg WRG 1870 in der Fassung des Gesetzes vom 27. Jänner 1920, LGBl. Nr. 28/1920, zu prüfen. Diese Bestimmung stehe zufolge § 140 Z. 1 WRG 1959 als partikuläres Bundesrecht im Bundesland Salzburg weiterhin in Geltung.

Für den zur Beurteilung vorliegenden H-Bach lasse sich zunächst festhalten, dass er nicht nach § 61 WRG 1959 zu einem öffentlichen Gewässer erklärt worden und dass er nicht im Anhang A des WRG 1959 angeführt sei. Außer Streit stehe auch, dass das Vorliegen eines Privatrechtstitels vor dem Jahre 1870 nicht behauptet bzw. nachgewiesen worden sei und dass der H-Bach auch nicht vor dem 1. November 1934 anlässlich einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentliches Gewässer behandelt worden sei. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der H-Bach als Fließgewässer nicht unter § 3 Abs. 1 lit. d WRG 1959 subsumiert werden könne, verblieben im vorliegenden Fall für die Beurteilung der Gewässereigenschaft die Bestimmung des § 3 Abs. 1 lit. a und b in Verbindung mit lit. e WRG 1959, weiters § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959 sowie der erste Satz des § 6 Sbg WRG 1920.

Aus den Feststellungen der erstinstanzlichen Behörde und der ergänzend durchgeführten Ermittlungen ergebe sich übereinstimmend, dass der Ursprung des H-Baches im Bereich des H-Bach-Keeses liege. Dieses H-Bach-Kees als vergletschertes Grundstück decke sich im Wesentlichen mit der Grundparzelle 845, welche im Eigentum der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) stehe. Die Dotation des entspringenden H-Baches erfolge demzufolge aus Quellwasser des Grundstückes und Schmelzwasser des Gletschers. In wasserrechtlicher Sicht handle es sich dabei um aus dem Grundstück zutage quellendes Wasser im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. a WRG 1959 sowie um aus atmosphärischen Niederschlägen stammendes Wasser im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. b WRG 1959. Das Schmelzwasser lasse sich dabei unter die lit. b leg. cit. subsumieren, weil Vorstufe des Schmelzwassers das aus atmosphärischen Niederschlägen gebildete Eis des Gletschers sei. Es sei somit davon auszugehen, dass das auf dem Grundstück 845 vorhandene Wasser in flüssigem Aggregatzustand ein Privatgewässer der Republik Österreich im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. a und b WRG 1959 darstelle.

Die erstinstanzliche Behörde setze bei ihrer Betrachtung des Gewässers orographisch nach der Grundparzelle 845, am Beginn der Bachparzelle 908/1 an. Dies sei im Wesentlichen auch die Grenze zum vergletscherten Bereich. Auf Grundlage dieser eingegrenzten Betrachtungsweise sei die erstinstanzliche Behörde zur Ansicht gelangt, dass für das Fließgewässer ab Beginn der Bachparzelle 908/1 die Bestimmung des § 3 Abs. 1 lit. a und b WRG 1959 keine Anwendung finden könne. Die erstinstanzliche Behörde führe aus, dass die lit. a und b voraussetzen, dass das betrachtete Gewässer ein "Produkt" des betreffenden Grundstückes sei. Im vorliegenden Fall würde aber das Wasser von einem fremden Grundstück produziert und in ein anderes privates Grundstück einfließen. In weiterer Folge sei die erstinstanzliche Behörde zwangsläufig zur Anwendung des § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959 gelangt, da mangels Anwendbarkeit der lit. a und b des § 3 Abs. 1 WRG 1959 auch eine Anwendung des lit. e der gleichen Bestimmung ausscheide.

Dieser Rechtsansicht der erstinstanzlichen Behörde könne nicht beigetreten werden. Es sei nicht ersichtlich, warum bei der Beurteilung der Gewässereigenschaft nur die Bachparzelle 908/1 von Bedeutung sein solle. Eine solche Vorgehensweise würde letztlich willkürliche Ergebnisse zeitigen, je nach dem, ob man den Betrachtungsgegenstand mehr oder weniger eingrenze. Es sei jedenfalls auch der Ursprung des H-Baches in die Betrachtung miteinzubeziehen, welche auf der Grundparzelle 845 liege. Wie bereits dargestellt, stelle dieses abfließende Wasser des H-Baches sowohl auf dem Grundstück 845 als auch den nachfolgenden Grundstücken unzweifelhaft einen Abfluss im Sinne des § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 dar. Als erstes Ergebnis der Prüfung lasse sich somit festhalten, dass aufgrund der Anwendbarkeit der lit. e des § 3 Abs. 1 WRG 1959 die Anwendung des subsidiären Auffangtatbestandes des § 2 Abs. 1 lit. c WRG 1959 ausscheide, da die letztgenannte Bestimmung unstrittig gegenüber der angeführten lit. e als nachrangig anzusehen sei.

Nach dem Grundstückskataster schließe unmittelbar an die Grundparzelle 845 die Gewässerparzelle 908/1 an. Diese erstrecke sich auf einer Länge von ca. 13 km talauswärts bis zur Einmündung in die S. Diese und die vergleichsweise kurzen Gewässerparzellen 907 und 908/2 stünden im Eigentum der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste). Entgegen der katastermäßigen Darstellung trete jedoch der H-Bach beim Verlassen des vergletscherten Grundstückes 845 nicht in die ausgewiesenen Bachparzellen 908/1 bzw. 907 ein, sondern verlasse das Grundstück 845 im Bereich seiner nordöstlichen Grenze, um dann nach einer kurzen Berührung des Grundstückes 849/4 in das orographisch rechts der Gewässerparzelle 908/1 gelegene Grundstück 848 einzufliessen. In weiterer Folge berührte er kurz die der Republik Österreich gehörende Gewässerparzelle 907, um wiederum auf die Parzelle 848 weiter zu fließen. Abhängig von den topographischen Gegebenheiten fließe er in weiterer Folge talauswärts bis zur Einmündung in die Salzach wechselweise über die ausgewiesene Gewässerparzelle 908/1 oder über andere, privaten Grundeigentümern gehörende Grundparzellen.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers habe der Umstand, dass der H-Bach streckenweise nicht auf Grundparzellen des Beschwerdeführers abfließe, keinen Einfluss auf das Eigentum an der Wasserwelle. Der Beschwerdeführer führe an, dass für die Beurteilung der Eigentumsverhältnisse der ruhige Besitzstand in der Natur zugrunde zu legen sei, wie er sich insbesondere durch bewilligte Nutzungen (z.B. Schottergewinnung) entsprechend dem tatsächlichen Bachverlauf in der Natur dokumentiere. Im Übrigen läge es in der Natur der Sache, dass gerade bei Bachverläufen im Laufe der Zeit Verwerfungen statt finden.

Dieser Ansicht könne sich die belagte Behörde nicht anschließen. § 3 Abs. 2 WRG 1959 lege fest, dass die nach lit. e abfließenden Privatgewässer, insofern nicht anderes nachgewiesen werde, als Zugehör jener Grundstücke zu

betrachten seien, auf denen sie sich befänden. Dabei sei hinsichtlich des ungefasst abfließenden Wassers zu berücksichtigen, dass sich diese Wasserwelle ähnlich der freien Luft und wilden Tieren grundsätzlich der Herrschaft des Grundeigentümers als herrenlos entziehe. Selbst dort, wo die Wasserwelle noch nicht Eigentum geworden sei, habe der Grundeigentümer ein in seinen Wirkungen dem Grundeigentum gleichkommendes Recht auf die Wasserwelle. Im Ergebnis sei davon auszugehen, dass entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Wasserwelle des H-Baches nach dem Verlassen der Grundparzelle 845 denjenigen Grundstückseigentümern zugehörte, über deren Grundstücke er in der Natur abfließe. Dies habe zur Folge, dass der H-Bach im Verlauf bis zu seiner Einmündung in die Salzach als Privatgewässer verschiedener Eigentümer anzusehen sei. Das Recht, die Wasserwelle zu benützen, komme dabei im Rahmen der gesetzlichen Schranken demjenigen zu, über dessen Grundeigentum der H-Bach in der Natur gerade fließe. Dort, wo er in der Natur über Grundparzellen der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) fließe, sei er als Privatgewässer des Staates anzusehen. Aufgrund der bei Wildbächen immer wieder auftretenden Verwerfungen könne es dazu kommen, dass die Eigentümer wechselten, je nach dem, wie sich der Abfluss in der Natur darstellte.

Im vorliegenden Fall stelle sich daher weiter die Frage, ob für diejenigen Gewässerstrecken im Verlauf des H-Baches, die als Privatgewässer des Staates zu gelten hätten, der erste Satz des § 6 des Sbg WRG 1920 zur Anwendung komme. Demnach seien die Privatgewässer des Staates mit Ausnahme der in § 4 bezeichneten den öffentlichen Gewässern gleichzuhalten. Nach Wiedergabe des Wortlautes des § 4 Sbg WRG 1870 stellt die belangte Behörde die Rechtsansicht des Beschwerdeführers und die von diesem angezogenen Literatur- und Kommentarstellen dar, wonach § 4 Sbg WRG 1870 im Wesentlichen dem § 3 des geltenden Wasserrechtsgesetzes 1959 entspreche. Die belangte Behörde vertrat in diesem Zusammenhang den Standpunkt, dass ein Vergleich des Wortlautes des § 4 Sbg WRG 1870 mit dem Wortlaut des § 3 WRG 1959 das Ergebnis bringe, dass - abgesehen davon, dass in der Aufzählung des § 4 Sbg WRG 1870 Seen überhaupt nicht angeführt seien - die Abflüsse betreffenden Bestimmungen einen gänzlich anderen Wortlaut hätten.

Nach Zitierung eines Kommentares von Krzizek zum Wasserrechtsgesetz und zu dessen Verständnis des § 4 lit. d Sbg WRG 1870, wonach aus den Materialien zu entnehmen sei, dass damals alle Abflüsse aus den in den lit. a bis c genannten privaten Gewässern solange Privatgewässer seien, als sie sich auf dem Grundstück befänden, auf welchem die Quelle entspringe, bei Abfluss über ein fremdes Grundstück aber bereits öffentliches Gewässer würden, zitiert die belangte Behörde ein - das Gegenteil ausdrückendes - Erkenntnis des k.k. Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Juni 1907, Slg. Nr. 5257/A, dem aber die Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Fall fehle. Wenn man nun - so die belangte Behörde weiter - die Argumente für die Auslegung der lit. d des § 4 Sbg WRG 1870 abwäge, so ergebe sich, dass einerseits dem klaren Wortlaut der Bestimmung und dem historischen Willen des Gesetzgebers eine strittige Rechtsmeinung der Lehre gegenüberstehe. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes aus dem Jahre 1907 erscheine aufgrund anders gelagerter Sachverhalte nicht umlegbar. Das Argument der Lehre, dass durch den Erwerb von Nachbargrund und dadurch bedingt durch Vergrößerung eines Grundstückes die Gewässereigenschaft nicht entscheidend beeinflusst werden könne, sei in dieser Form nicht nachvollziehbar. Schließlich würden in einem marktwirtschaftlich ausgestalteten Wirtschaftssystem laufend die Eigentums- und Besitzverhältnisse durch den Austausch von Gütern verändert.

Unter Berücksichtigung der vorangeführten Erwägungen gelangte die belangte Behörde zur Ansicht, dass der H-Bach nach dem Verlassen der Gp 845 nicht unter § 4 lit. d des Sbg WRG 1870 subsumiert werden könne. Dies deshalb, weil nach Ansicht der belangten Behörde § 4 lit. d leg. cit. nicht nur von der Textierung sondern vor allem vom Bedeutungsinhalt her Unterschiede zu § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 aufweise. Es ergebe sich somit die Situation, dass der H-Bach ab der Grundparzelle 845 wohl unter § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959, nicht aber unter § 4 lit. d Sbg WRG 1870 subsumiert werden könne. Dies führe wiederum zur Konsequenz, dass der erste Satz des § 6 Sbg WRG 1920 anwendbar werde. Im Ergebnis seien somit jene Teile des H-Baches, die als Privatgewässer des Staates anzusehen seien, den öffentlichen Gewässern gleichzuhalten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 2 Abs. 1 und 2 sowie § 3 Abs. 1 WRG 1959 lauten:

"Öffentliche Gewässer

§ 2. (1) Öffentliche Gewässer sind:

- a) die im Anhang A zu diesem Bundesgesetze namentlich aufgezählten Ströme, Flüsse, Bäche und Seen mit allen ihren Armen, Seitenkanälen und Verzweigungen;
- b) Gewässer, die schon vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes anlässlich der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentliche behandelt wurden, von der betreffenden Stelle angefangen;
- c) alle übrigen Gewässer, sofern sie nicht in diesem Bundesgesetze ausdrücklich als Privatgewässer bezeichnet werden.

(2) Insoweit für die im Abs. 1 genannten Gewässer ein besonderer vor dem Jahre 1870 entstandener Privatrechtstitel nachgewiesen wird, sind diese Gewässer als Privatgewässer anzusehen. Das Eigentum an den Ufergrundstücken oder dem Bette des Gewässers bildet keinen solchen Privatrechtstitel.

Privatgewässer

§ 3. (1) Außer den in § 2 Abs. 2 bezeichneten Gewässern sind folgende Gewässer Privatgewässer und gehören, wenn nicht von anderen erworbene Rechte vorliegen, dem Grundeigentümer:

- a) das in einem Grundstück enthaltene unterirdische Wasser (Grundwasser) und das aus einem Grundstück zu Tage quellende Wasser;
- b) die sich auf einem Grundstück aus atmosphärischen Niederschlägen sammelnden Wässer;
- c) das in Brunnen, Zisternen, Teichen oder anderen Behältern enthaltene und das in Kanälen, Röhren usw. für Verbrauchsziele abgeleitete Wasser; ferner, soweit nicht die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. a und b entgegen stehen;
- d) Seen, die nicht von einem öffentlichen Gewässer gespeist oder durchflossen werden;
- e) die Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern bis zu ihrer Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer.

(2) ...

(3) Die im Abs. 1 lit. d und e genannten Privatgewässer sind, insofern nichts anderes nachgewiesen wird, als Zugehör der Grundstücke zu betrachten, auf oder zwischen denen sie sich befinden, und zwar nach Maßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstückes."

Nach § 61 Abs. 1 WRG 1959 können die im § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 lit. d und e genannten Privatgewässer mit Zustimmung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu öffentlichen Gewässern erklärt werden, wenn wichtige öffentliche Interessen es erfordern.

§ 140 WRG 1959 ("Aufrechterhaltung wasserrechtlicher Vorschriften") lautet in seiner Z. 1:

"Durch dieses Bundesgesetz werden nicht berührt:

1. der erste Satz des § 6 des Salzburger Wasserrechtsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 27. Jänner 1920, LGBl. Nr. 28;"

Der erste Satz des § 6 Sbg WRG 1920 lautet:

"Die Privatgewässer des Staates, mit Ausnahme der im § 4 bezeichneten, sind den öffentlichen Gewässern gleichzuhalten."

Der zitierte § 4 Sbg WRG in der Fassung des Gesetzes vom 28. August 1870, LGBl. Nr. 32/1870, hat folgenden Wortlaut:

"Nachstehende Gewässer gehören, wenn nicht von Anderen erworbene Rechte entgegenstehen, dem Grundbesitzer:

- a) Das in seinen Grundstücken enthaltene unterirdische und aus denselben zu Tage quellende Wasser, mit Ausnahme der dem Salzmonopole unterliegenden Salzquellen und der zum Bergregale gehörenden Cementwässer.

- b) Die sich auf seinen Grundstücken aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnden Wässer.
- c) Das im Brunnen, Teichen, Cisternen oder anderen auf Grund und Boden des Grundbesitzers befindlichen Behältern oder in von demselben zu seinen Privatzwecken angelegten Kanälen, Röhren etc. eingeschlossene Wasser.
- d) Die Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern, solange sich erstere in ein fremdes Privat- oder in ein öffentliches Gewässer nicht ergossen und das Eigentum des Grundbesitzers nicht verlassen haben (§. 4 des Reichsgesetzes)."

1. Zum ersten Satz des Spruches des angefochtenen Bescheides (Feststellung eines Privatgewässers nach § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959):

Unstrittig ist, dass der H-Bach weder nach § 61 WRG 1959 zu einem öffentlichen Gewässer erklärt noch im Anhang A des WRG 1959 angeführt wurde. Übereinstimmung besteht zwischen den Verfahrensparteien auch darin, dass das Vorliegen eines Privatrechtstitels vor 1870 nicht nachgewiesen wurde und dass der H-Bach auch nicht vor dem 1. Jänner 1934 anlässlich einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentliches Gewässer behandelt wurde.

Der belangten Behörde ist darin beizupflichten, dass die Ansicht der BH, wonach unter Abfluss im Sinne des § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 nur ein "Produkt" des betreffenden Grundstückes zu verstehen sei, nicht geteilt werden kann (vgl. zur grundsätzlich weiten Auslegung des Begriffes "Abflüsse" das hg. Erkenntnis vom 25. April 2002, 98/07/0019). Der H-Bach stellt einen Abfluss von nach § 3 Abs. 1 lit. a und b WRG 1959 entstandenen Wässern dar; auf den Ort ihres Entstehens stellt § 3 WRG 1959 nicht ab. Die Ansicht der belangten Behörde, der H-Bach stelle - bis zu seiner Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer - einen Abfluss nach § 3 Abs. 1 lit. e WRG 1959 und damit ein Privatgewässer dar, steht daher in Übereinstimmung mit der Rechtslage und wird auch von den Verfahrensparteien nicht bestritten.

Dieses Privatgewässer fließt in der Natur über Grundstücke im Eigentum des Beschwerdeführers ebenso wie über Grundstücke Dritter. Nach § 3 Abs. 1 WRG 1959 gehören die dort genannten Privatgewässer dem Grundeigentümer, wenn nicht von anderen erworbene Rechte vorliegen. Nach § 3 Abs. 3 WRG 1959 ist ein solches Gewässer als Zugehör jenes Grundstückes zu betrachten, auf dem es sich befindet, und zwar nach Maßgabe der Uferlänge des Grundstückes.

Damit räumt der Gesetzgeber dem Grundeigentümer eine Verfügungsmacht über Privatgewässer ein, bei der es sich grundsätzlich um Eigentum handelt, wobei allerdings bezüglich des ungefassten fließenden Wassers eine Einschränkung zu machen ist. Nach Spielbüchler (in: Rummel, ABGB2, RZ 4 zu § 354) sind Grund- und Quellwasser, angesammeltes Niederschlagswasser und andere private Gewässer Bestandteile der Liegenschaft, wenngleich das ungefasste fließende Wasser (die Wasserwelle) ähnlich der freien Luft und wilden Tieren sich der Herrschaft des Eigentümers als herrenlos entzieht; der Eigentümer kann sich dieser Güter aber bemächtigen, sie nutzen und ihre Aneignung oder Benutzung seitens Dritter durch sein Ausschließungsrecht verhindern. Das durch § 3 Abs 1 WRG 1959 dem Grundeigentümer verliehene Verfügungrecht über private Gewässer umfasst demnach selbst dort, wo es noch nicht zu Eigentum geworden ist, das Recht, andere von der Benutzung des Privatgewässers auszuschließen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 1997, 97/07/0072).

Die mit dem angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung der Gewässereigenschaft des H-Baches umfasst Bereiche, in denen der H-Bach als Privatgewässer des Staates anzusehen ist ebenso wie solche, in denen er als Privatgewässer im Eigentum Dritter steht. Eine planmäßig dargestellte Abgrenzung dieser Bereiche nahm die belangte Behörde im Spruch des angefochtenen Bescheides nicht vor; sie begnügte sich dort mit einer allgemeinen Darstellung dieser beiden Bereiche, ohne sie örtlich abzugrenzen.

Insoweit die belangte Behörde im ersten Satz ihres Spruches die Feststellung trifft, dass "das als 'H-Bach' bezeichnete Gewässer in der Gemeinde B nach dem Verlassen der Grundparzelle 845 KG 57005 H-Bach, als Privatgewässer derjenigen Grundstückseigentümer anzusehen ist, über deren Grundstücke er in der Natur tatsächlich fließt," steht diese Feststellung in Übereinstimmung mit der Rechtslage nach § 3 WRG 1959. Insofern sich die Beschwerde gegen den ersten Satz des Spruches des angefochtenen Bescheides richtet, war sie daher als unbegründet abzuweisen.

2. Zum zweiten Satz des Spruches (Feststellung nach § 6 Sbg WRG 1920):

2.1. Mit dem zweiten Satz des Spruches nahm die belangte Behörde Bezug auf das rechtliche Schicksal der Fließstrecke des H-Bachs über Grundstücke der Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) und stellte fest, dass er dort als Privatgewässer des Staates den öffentlichen Gewässern gleichzuhalten sei.

Für diesen Bereich findet auf den H-Bach die Bestimmung des § 140 Z 1 WRG 1959 in Verbindung mit § 6 Sbg WRG 1920 Anwendung.

Nach § 6 Sbg WRG 1920 sind die Privatgewässer des Staates, mit Ausnahme der in § 4 bezeichneten, den öffentlichen Gewässern gleich zu halten.

Zu prüfen war daher, ob der H-Bach unter die in § 4 Sbg WRG 1870 bezeichneten Gewässer fällt oder nicht; fiele er nicht darunter, trüfe die in § 6 Sbg WRG 1920 angeordnete Gleichstellung mit öffentlichen Gewässern zu.

§ 4 lit. d Sbg WRG 1870 trifft nun die Regelung, dass Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern - also aus den Gewässern nach lit. a, den dem Grundeigentümer gehörigen, auf seinen Grundstücken zutage quellende Gewässern und nach lit. b, den sich auf seinen Grundstücken aus atmosphärischen Niederschlägen ansammelnden Wässern - dem Grundeigentümer gehören, "solange sie sich in ein fremdes Privat- oder in ein öffentliches Gewässer nicht ergossen und das Eigentum des Grundbesitzers nicht verlassen haben." Diese Bestimmung entspricht dem § 4 lit. d des Reichswassergesetzes 1869, RGBI. Nr. 93 (RWG 1869).

2.2. Zum Verständnis dieser Bestimmung, vor allem des letzten Halbsatzes, gab es unterschiedliche Denkansätze. So legte Peyerer, Das österreichische Wasserrecht<sup>2</sup>, S. 154, unter Berufung auf die Materialien dar, dass diese Gesetzesstelle so verstanden werden könnte, dass alle Abflüsse aus den vorgenannten privaten Gewässern solange Privatgewässer seien, als sie sich auf dem Grundstück befänden, auf welchem die Quelle entspringe. Sobald sie aber über ein fremdes Grundstück flössen, seien sie bereits öffentliches Gewässer (vgl. dazu auch Krzizek, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, S. 28). Bereits Peyerer wies aber darauf hin, dass eine andere Anschauung "natürlicher" erscheine, nämlich dass auch jeder folgende Grundbesitzer derlei Abflüsse, solange sie über sein Grundstück flössen, als sein Eigentum ansehen könnte; für diese Anschauung spreche auch der Wortlaut des Gesetzes. Auch das k.k. Ackerbauministerium habe entschieden (13. Februar 1879, Zl. 13344), dass die im § 4 lit. d RWG erwähnten Abflüsse, wenn dieselben nacheinander die Grundstücke verschiedener Besitzer berührten, insolange sich dieselben nicht in ein fremdes Privat- oder in ein öffentliches Gewässer ergossen haben, jedem der verschiedenen Grundbesitzer insolange gehörten, als sie über sein Grundstück abflössen.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit dieser Bestimmung (bzw. des inhaltsgleichen § 4 des Böhmischen WRG) in seinem Erkenntnis vom 13. Juni 1907, Zl. 5550, SlgNr. 5257/A, zu befassen. Er sprach darin aus, dass (in Kanälen gefassten) Abflüssen aus zwei im Privateigentum stehenden Teichen nach § 4 lit. d Böhmischem WRG solange die Eigenschaft von Privatgewässern zukomme, solange sie sich nicht in ein öffentliches Gewässer ergossen. Der Umstand, dass diese Abflüsse von den Teichen über Grundstücke andere Eigentümer flössen, stehe dieser Qualifikation nicht entgegen und bewirke noch nicht deren Öffentlichkeit. Denn die in § 4 lit. d leg. cit. enthaltene Einschränkung "solange erstere ... das Eigentum des Grundbesitzers nicht verlassen haben", fände ihre Erklärung in dem einleitenden Satze des § 4, welcher nicht die Eigenschaft des Privatgewässers im allgemeinen definiere, sondern die in diesem Paragraphen unter a) bis d) aufgezählten Gewässer als "dem Grundbesitzer" gehörig bezeichne; naturgemäß könne dann im § 4 lit. d dieses Recht des Grundbesitzers nur für so lange statuiert werden, als die Abflüsse nicht das "Eigentum des Grundbesitzers," also jenes Grundbesitzers "verlassen haben", den der einleitende Satz des § 4 im Auge habe. Dass diese Auslegung richtig sei, beweise auch der zweite Vorhalt des § 4 lit. d; denn durch das Ergießen dieser Abflüsse "in ein fremdes Privatgewässer" würden dieselben gewiss nicht zu öffentlichen Gewässern sondern wechseln nur ihren Eigentümer.

2.3. Diesem Verständnis des § 4 lit. d ist auch im Bereich des Sbg WRG 1870 zu folgen. Die im § 4 lit. d leg. cit. erwähnten Abflüsse, die nacheinander über die Grundstücke verschiedener Eigentümer fließen, gehören jedem der verschiedenen Eigentümer solange, als sie über sein Grundstück abfließen und sich noch nicht in ein öffentliches Gewässer ergossen haben.

Im vorliegenden Fall hieße das, dass der H-Bach bis zu seiner Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer Privatgewässer des jeweiligen Grundeigentümers wäre, die Ausnahmebestimmung des § 4 lit. d Sbg WRG 1870 hier zuträfe und die Gleichstellung mit einem öffentlichen Gewässer nach § 6 Sbg WRG 1920 nicht eintrate.

2.4. Diese Schlussfolgerung wäre aber nur dann zutreffend, wenn der H-Bach in seiner gesamten Länge nach der Systematik des Sbg WRG 1870 (bzw. des RWG 1869) "Abfluss" im Sinne des § 4 lit. d wäre. Dies trifft aber - wie zu zeigen sein wird - nur teilweise zu:

Vorauszuschicken ist, dass die Begriffsinhalte des § 4 Sbg WRG 1870 im Verständnis des damals in Kraft stehenden Sbg WRG 1870 bzw. des inhaltsgleichen RWRG auszulegen sind (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zlen 2004/07/0048, 0049).

Die §§ 3 und 5 leg. cit. ordneten aber Folgendes an:

"§ 3. Auch die nicht zur Fahrt mit Schiffen oder gebundenen Flößen dienenden Strecken der Ströme und Flüsse, sowie der Bäche und Seen und andere fließende oder stehende Gewässer sind öffentliches Gut, insoweit sie nicht in Folge gesetzlicher Bestimmungen oder besonderer Privatrechtstitel jemandem zugehören. Die den Besitz schützenden Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes werden hiedurch nicht berührt (§. 3 des Reichsgesetzes).

§ 5. Privatbäche und sonstige fließende Privatgewässer sind, insoferne nichts anderes nachgewiesen wird, als Zugehör derjenigen Grundstücke zu betrachten, über welche oder zwischen welchen sie fließen, und zwar nach Maßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstückes (§. 5 des Reichsgesetzes)."

Peyrer, aaO, S. 155f, meint nun in diesem Zusammenhang, unter § 4 lit. d des RWRG gehörten jedoch nur solche Abflüsse, welche sich als sogenanntes wildes Wasser frei ohne festes Bett über das Gelände ergießen. Abflüsse aus den in lit. a bis c genannten Gewässern gehörten dann nicht mehr dem Grundeigentümer, wenn sie selbst die Natur eines öffentlichen Gewässers annähmen, zum Bache würden, indem sich ein bestimmtes Rinnsal, Bett und Ufer wahrnehmen ließe (vgl. in diesem Sinn auch noch Haager-Vanderhaag, Das neue österreichische Wasserrecht, Wien 1936). Der Abfluss der Quelle sei dann als Bach gemäß § 3 in der Regel als öffentliches Gewässer zu behandeln. § 5 hebe den Grundsatz des § 3 nicht auf. Die gesetzliche Vermutung spreche zuerst dafür, dass Bäche und sonstige fließende Gewässer öffentliches Gut seien. Erst, wenn nachgewiesen sei, dass ein Bach ein Privatbach, ein Privatgewässer sei, dann trete wegen der weiteren Ansprüche der verschiedenen Privateigentümer die gesetzliche Vermutung des § 5 RWRG ein. Da schon nach § 3 ein besonderer Privatrechtstitel nachgewiesen sein müsse, werde die Rechtsvermutung des § 5 selten zur Geltung kommen, weil die Nachweisung nach § 3 in der Regel auch schon die bestimmten Eigentümer der im § 5 erwähnten Gewässer klarstellen werde. Indem das Gesetz bei fließenden Gewässern in erster Linie die Rechtsvermutung des öffentlichen Gutes und erst in zweiter Linie jene der Zugehörigkeit zu den Ufergrundstücken aufstelle, befreie es in machen Fällen auch die Uferbesitzer von Lasten oder lasse die Bildung von Genossenschaften oder Konkurrenzen durch Heranziehung anderer Kräfte leichter zu (vgl. Peyrer, aaO, S. 156).

Dieses Verständnis der Zuordnung von "Bächen" einerseits im Gegensatz zur Zuordnung von noch nicht in einem festen Bett fließendem "Wildwasser" andererseits lag nicht nur dem RWRG 1869, sondern auch den §§ 3 bis 5 Sbg WRG 1870 zu Grunde. War das Wildwasser als Privateigentum des jeweiligen Grundstückseigentümers und damit als Privatgewässer nach § 4 lit. d Sbg WRG anzusehen, galt für Bäche das Gegenteil. Ohne Nachweis eines Privatrechtstitels stellten sie öffentliche Gewässer dar (die - inhaltlich im Ergebnis gegenteiligen - Ausführungen zur Abgrenzung von Bächen von Wildwasser im hg. Erkenntnis vom 25. April 2002 beziehen sich auf das WRG 1959, das dieses System nicht übernommen hat).

2.5. Der H-Bach umfasst nach den Feststellungen der belangten Behörde sowohl ein Gebiet, das von starken Verwerfungen und vom Fehlen eines festen Wasserbettes geprägt ist als auch ein Gebiet, wo bereits ein bestimmtes Bett und Ufer festzustellen ist. Auf diese Merkmale (Bestehen eines festen Bachbettes, das nur im Falle außerordentlicher Ereignisse, wie Hochwasser, verlassen wird) wird bei der Abgrenzung von "Wildwasser" zu "Bach" abzustellen sein.

Je nach der Qualifizierung des H-Baches als Bach oder als Wildwasser ist aber - soweit er im Eigentum des Staates steht - ein unterschiedliches rechtliches Schicksal hinsichtlich der Gewässereigenschaft gegeben.

Im Bereich des "Wildwassers" (Oberlauf) liegt ein Privatgewässer nach § 4 lit. d Sbg WRG 1870 und damit eine Ausnahme zur Anordnung des § 6 Sbg WRG 1920 vor. In diesem Bereich greift die Gleichstellung des H-Bachs mit einem öffentlichen Gewässer nicht. Wäre der H-Bach in diesem Bereich Privatgewässer des Staates - wozu Feststellungen fehlen -, so würden Rechte des Beschwerdeführers verletzt, weil der angefochtene Bescheid hinsichtlich des H-Bachs als Privatgewässer des Staates in seiner Gesamtheit eine Gleichstellung mit den öffentlichen Gewässern ausspricht.

In dem Bereich, ab dem man bereits vom Vorliegen eines Baches (eines Bachbettes und einer Uferlinie) sprechen kann,

liegt kein Gewässer nach § 4 lit. d Sbg WRG 1870 mehr vor, weil Bäche unter die öffentlichen Gewässer nach § 3 leg. cit. fielen. Hier greift die Gleichstellungsanordnung des § 6 Sbg WRG 1920; in diesem Bereich wäre das Privatgewässer H-Bach den öffentlichen Gewässern gleich zu stellen.

Dass hinsichtlich der Wasserwelle am H-Bach in dem Bereich, in dem er als Bach qualifiziert werden kann, ein Privatrechtstitel nachgewiesen werden könnte, wurde von Seiten des Beschwerdeführers bislang nicht behauptet. Es ist daher die Feststellung, der H-Bach sei - insoweit er im Eigentum des Beschwerdeführers steht - einem öffentlichen Gewässer gleichzuhalten, nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid für diesen Bereich zutreffend. Dies trifft vermutlich den Bereich im Unterlauf des H-Baches, der nach den - auf gleicher fachlicher Ebene nicht bestrittenen - Angaben des Amssachverständigen dadurch gekennzeichnet ist, dass der Bachverlauf in einem Bachbett fixiert ist.

2.6. Feststellungen dazu, ab welchem Bereich der H-Bach als "Bach" zu qualifizieren ist und welcher Bereich er noch dem Ablauf von Wildwasser zuzurechnen sind, fehlen aber, weil die belangte Behörde von einer anderen Rechtsansicht ausgegangen ist. Im vorliegenden Fall wäre eine Grenzziehung innerhalb des Gewässerverlaufes aber vonnöten, um eine Trennung dieser beiden Bereiche darzustellen.

Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der H-Bach im Bereich seines "Wildwassers" zumindest teilweise Privatgewässer des Staates darstellt und die oben aufgezeigte Rechtsverletzung des Beschwerdeführers vorliegt.

Obwohl ein Teil des angefochtenen Bescheides Rechte des Beschwerdeführers nicht verletzt, musste der angefochtene Bescheid aber - soweit er die Fließstrecke betrifft, die Privatgewässer des Beschwerdeführers ist - zur Gänze und nicht nur teilweise wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben werden, weil die angesprochene örtliche Grenze durch die belangte Behörde, und nicht durch den Verwaltungsgerichtshof, festzustellen und festzusetzen wäre.

2.7. Zum übrigen Beschwerdevorbringen wird bemerkt, dass Gegenstand des vorliegenden Wasserrechtsverfahrens die Feststellung der Eigenschaft eines Gewässers im Sinne des § 98 Abs. 2 WRG 1959 darstellt. Diese Feststellung hat dabei alle Rechtsgrundlagen zu berücksichtigen, die für diese Qualifikation heranzuziehen sind, im Fall des Bundeslandes Salzburg demgemäß auch die Bestimmungen der §§ 4 und 6 des Sbg WRG. Besteht nun - wie in § 6 leg. cit. - eine Norm, die eine Gleichstellung von privaten mit öffentlichen Gewässern unter bestimmten Voraussetzungen zur Folge hat, so hat sich die belangte Behörde naturgemäß bei der Beantwortung der Frage der Gewässereigenschaft auch mit der Frage zu befassen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Norm vorliegen. Eine Überschreitung des Gegenstandes der Feststellung der Behörde erster Instanz, die ihrerseits wegen einer anderen Rechtsauffassung diese Bestimmung nicht anwandte, liegt daher nicht vor. Ein Zuständigkeitsmangel kann nicht erkannt werden.

2.8. Die infolge einer anderen Rechtsauffassung unterlassenen Feststellungen der belangten Behörde führen zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides im Umfang des zweiten Satzes seines Spruches. Diesbezüglich war der angefochtene Bescheid daher wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Wien, am 28. April 2005

#### **Schlagworte**

Auslegung Diverses VwRallg3/5

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2004070071.X00

**Im RIS seit**

01.06.2005

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>